

A TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA

Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho
*Coordenador Acadêmico e Professor do
Mestrado da Universidade Estácio de Sá.
Doutor em Direito pela UERJ. Mestre pela
PUC-RJ. Juiz de Direito do TJ/RJ.*

Flávio Martins Alves Nunes Júnior
*Professor de Direito Processual Penal do
Centro Unisal - Lorena (SP). Mestre pela
Universidade Estácio de Sá. Advogado no
Estado de São Paulo.*

1. INTRODUÇÃO: A TRANSAÇÃO PENAL

O Direito Penal é um dos ramos do Direito Público, pois trata da relação entre o Estado (possuidor do **jus puniendi**) e o indivíduo (titular do **jus libertatis**). Todavia, embora sempre o direito de punir seja de titularidade do Estado, o indivíduo poderá ser o possuidor do **jus persequendi in judicio** (direito de processar). Assim, há a ação penal pública (cujo titular é o Ministério Público) e a ação penal de iniciativa privada (de titularidade da vítima ou seu representante legal).

Ao contrário da ação penal de iniciativa privada, a ação penal pública sempre foi regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. Segundo o princípio da obrigatoriedade, o titular da ação penal pública (o Ministério Público) não poderia deixar de

oferecer a denúncia, estando diante de um ilícito penal. Como dizia a doutrina tradicional exemplificada pelo saudoso Julio Fabbrini Mirabete, "não fica ao seu arbítrio ou discricionariedade mover ou não a ação penal"¹.

Da mesma forma, segundo o princípio da indisponibilidade, o Ministério Público não poderia dispor da ação, ou seja, iniciado o processo, não poderia o Promotor de Justiça desistir, devendo seguir até o término da demanda, ainda que pleiteie a absolvição. Em outras palavras, "instaurada a ação penal, proíbe-se que o Ministério Público desista dela (art. 42 do CPP) ou do recurso já interposto (art. 576), no que se tem denominado princípio da indesistibilidade"².

Assim realmente caminha a doutrina tradicional, mas não se pode olvidar que doutrina mais recente questiona muito o princípio da obrigatoriedade, especialmente destituindo-lhe da importância com que tem sido cultuado. No âmbito de mestrado na UNESA, produziu-se um trabalho acadêmico³ justamente questionando-o profundamente e submetendo-lhe aos dois referidos princípios constitucionais.

Para entender-se tal corrente, é preciso partir dos princípios constitucionais da dignidade e da proporcionalidade que interferem e condicionam o próprio exercício da ação penal.

Se os dois princípios influem sobremaneira no Direito Penal, desdobrando-se em tantos outros subprincípios, o Direito Processual Penal, dele instrumental, também há de sofrer idêntica influência. Desse modo, o princípio da obrigatoriedade da ação penal necessariamente deve passar, também, por uma profunda releitura.

O princípio da obrigatoriedade não é expresso no direito brasileiro. Ele é deduzido especialmente do artigo 24 do Código de Processo Penal. Contudo, com a reafirmação da Constituição como fonte de legitimação de todas as normas jurídicas, o princípio da obrigatoriedade deve conformar-se à interpretação constitucional que

¹ **Processo Penal**, p. 112.

² Op. Cit., p. 112.

³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho *et alli* - **Justa Causa Penal-Constitucional**, 2004, Lumen Juris.

ordena que, para a propositura da ação, deva-se observar os princípios da dignidade e da proporcionalidade, impondo-se, como limites constitucionais, o exame dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito para a legitimação da demanda. Ausentes todos ou apenas um deles, não se legitimaria constitucionalmente uma demanda penal.

Sobre o princípio da obrigatoriedade, manifestou-se, com precisão, Luigi Ferrajoli:

"Por outro lado, por 'obrigatoriedade' da ação penal não se deve entender, como se tem dito a propósito da 'não derrogação' do juízo, um irrealizável dever de proceder em todo o crime 'leve' ou 'oculto', mas só a obrigação dos órgãos de acusação pública de promover o juízo para toda notitia criminis que vier ao seu conhecimento - ainda que para requerer o arquivamento ou a absolvição caso considerem o fato penalmente irrelevante ou faltarem indícios de culpabilidade" ⁴.

Assim, o princípio da obrigatoriedade parece não merecer a incontestabilidade absoluta que lhe credita a doutrina, sendo de reconhecer-se, como já se fez, que "esse dogma, na verdade, não passa de um mito"⁵.

Outro golpe incisivo ao mesmo princípio foi produzido pela mesma Constituição, com a previsão da transação penal. Diz o artigo 98, I, da nossa Lei Maior:

*"A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas **hipóteses***

⁴ Op. cit., p. 457.

⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho et alli - **Justa Causa...**, op. cit..

previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau" (grifamos).

É imperioso ressaltar que tal dispositivo constitucional, ao prever a transação penal, inspirou-se no entendimento doutrinário de que o processo penal deveria flexibilizar-se diante das infrações de pequena monta. **Verbi gratia**, afirma a doutrina:

"...a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de disponibilidade da ação penal pública, havia mostrado, com toda evidência, sua falácia e hipocrisia. Paralelamente, havia-se percebido que a solução das controvérsias penais em certas infrações, principalmente quando de pequena monta, poderia ser atingida pelo método consensual" ⁶.

Quanto ao dispositivo constitucional sobredito, devemos ressaltar tratar-se de uma norma constitucional de eficácia limitada (ou, utilizando-se de expressão do início do século passado, norma constitucional não auto-executável - **not self executing provision**). Isso porque, embora prevista a transação, essa somente poderia produzir efeitos concretos, sendo aplicada em processos penais, a partir do momento que houvesse uma lei regulamentando o artigo constitucional.

Ocorre que, no final do ano de 1995, entrou em vigor a Lei 9.099, que criou efetivamente os Juizados Especiais Criminais no Brasil e regulamentou os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo, deu novos efeitos à composição civil dos danos etc.

A transação penal, nos termos da Lei 9.099/95, consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa ao suspeito, não havendo o início do processo. Portanto, a transação penal é um "acordo penal" feito entre a acusação e o suspeito da prática de uma infração de menor potencial ofensivo.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al., **Juizados Especiais Criminais**, p. 29.

Em outras palavras, como já se disse:

*"A transação penal consiste, perfunctoriamente falando, em um acordo entre a acusação e o criminoso, na busca de se evitar um processo penal. Baseando-se, com evidência, no **plea bargaining** norte americano, a Lei 9.099/95 permite que o Ministério Público proponha imediata aplicação de pena de multa ou pena restritiva de direitos para o suposto criminoso."*⁷

Portanto, como se vê, alterado radicalmente foi o princípio da obrigatoriedade (ou legalidade) com o advento o instituto da transação penal. É o que diz Fernando Capez:

*"No lugar do tradicional e inflexível princípio da legalidade, segundo o qual o representante do Ministério Público tem o dever de propor a ação penal pública, só podendo deixar de fazê-lo quando não verificada a hipótese de atuação, caso em que promoverá o arquivamento de modo fundamentado (CPP, art. 28), o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais é informado pela discricionariedade acusatória do órgão ministerial. Com efeito, preenchidos os pressupostos legais, o representante do Ministério Público pode, movidos por critérios de conveniência e oportunidade, deixar de oferecer a denúncia e propor um acordo penal com o autor do fato, ainda não acusado. Tal discricionariedade, contudo, não é plena, ilimitada, absoluta, pois depende de estarem preenchidos os requisitos legais, daí ser chamada pela doutrina de discricionariedade regrada".*⁸

Portanto, o instituto da transação penal tenta evitar o início do processo, que segundo entendimento do mestre Luigi Ferrajoli, já é uma espécie de pena. Afirma o mestre italiano:

⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes, **Princípios do Processo e Outros Temas Processuais**, p. 129.

⁸ **Curso de Processo Penal**, p. 560.

"A todas essas várias formas e mecanismos de diferenciação interna da pena e de multiplicação das sanções penais atípicas não retribuidoras deve-se, por fim, somar o desenvolvimento inflacional do processo penal, que na sociedade moderna de comunicações de massa tende a se tornar, por si mesmo, uma sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional. Pense-se no uso da incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública e, por outro lado, em direção à proliferação de milhões de processos a cada ano, aos quais não se segue pena alguma, produtores apenas de certificados penais e de status jurídico-sociais (de reincidente, de perigoso, ou no aguardo de sentença ou similares)"⁹.

Não obstante, a Lei 9.099/95, ao tratar da transação penal, referiu-se apenas à ação penal pública. Tal fato se extrai de uma perfunctória leitura do artigo 76 do sobredito dispositivo legal, que diz:

"Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta".

Diante disso, passamos a estudar a possibilidade da transação na ação penal de iniciativa privada. Verificaremos os argumentos contrários e favoráveis à tese sobredita e, ao depois, firmaremos nosso entendimento.

2. TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO DE INICIATIVA PRIVADA

Primeiramente, não podemos deixar de partir da premissa que o legislador, através da Lei 9.099/95, limitou a transação penal à ação penal pública incondicionada e à ação penal pública condicionada (depois de oferecida a representação pela vítima ou seu representante legal). Isso porque o artigo 76, primeira parte, da sobredita lei, diz: "havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada...".

⁹ Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal, p. 587.

Assim, se utilizarmos apenas uma interpretação gramatical ou literal, sucumbiremos facilmente à tese de que a transação penal só cabe na ação penal pública. Ocorre que, como veremos adiante, muitos autores desprendem-se da interpretação literal do dispositivo mencionado, adotando tese oposta.

Como se vê, o tema é absolutamente tormentoso, dando ensejo a opiniões doutrinárias absolutamente antagônicas.

De um lado, podemos encontrar autores que defendem a tese da admissão da transação penal nos crimes de ação penal privada. Por exemplo, Fernando da Costa Tourinho Filho dá como certa a admissibilidade da transação penal na ação penal privada:

*"... sabe-se ser possível a transação nos delitos de alçada privada. A propósito, o Enunciado n. 26 do VI Encontro Nacional de Coordenadoria de Juizados Especiais Cíveis e Criminais: 'Cabe transação e suspensão condicional do processo também na ação penal privada'. No mesmo sentido a 11a conclusão da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura: 'O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada'. Assim também, dentre outras, a decisão da 5a Turma do STJ, publicada no DJU, 22-11-1999, p. 164, ao apreciar o **Habeas Corpus** n. 8.480-SP" ¹⁰.*

A jurisprudência igualmente tem aceitado a tese da admissibilidade da transação:

*"**Habeas Corpus**. Lei 9.279/96. Crime de concorrência desleal. Ação Penal Privada. Transação Penal. Cabimento. Ordem Concedida. 1. Enquanto resposta penal, a transação penal disciplinada no artigo 76 da Lei 9.099/95 não encontra óbice de incidência no artigo 61 do mesmo Diploma, devendo, como de fato deve, aplicar-se aos crimes apurados mediante procedimento especial, e ainda que mediante ação penal exclusi-*

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**, p. 99, 2ª edição, 2002, Ed. Saraiva.

vamente privada (Precedente da Corte). 2. Ordem concedida para assegurar a aplicação da transação penal no processo em que se apura crime de concorrência desleal" (STJ - 6ª Turma - RESP nº 17601 - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU de 19/12/2002).

Nesse mesmo sentido:

"A lei 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada (Precedentes). **Habeas Corpus Concedido**" (STJ - HC n. 13.1337 - RJ, DJU 13.08.01, Seção 1, p. 841, j. 15.05.01).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro igualmente aprovou enunciado segundo o qual "cabe transação em crimes de ação privada"¹¹.

De outro lado, encontramos vários autores contrários à admissão da transação na ação penal de iniciativa privada, como Damásio Evangelista de Jesus¹², Cezar Roberto Bitencourt¹³, Julio Fabbrini Mirabete¹⁴, Geraldo Prado¹⁵, dentre outros renomados autores.

Basicamente, os argumentos contrários ao uso da transação na ação penal pública incondicionada podem assim ser descritos: a) a literal interpretação da Lei 9.099/95; b) a ausência de interesse da vítima na sanção penal a ser aplicada; c) a transação penal seria uma espécie de renúncia tácita ao direito de oferecer a queixa.

2.1.- 1ª Tese: A Interpretação Literal do Texto

Como vimos acima, se fizermos uma interpretação literal da Lei 9.099/95, chegaremos à conclusão de que a transação penal só é admissível na ação penal pública. É o argumento de parte da dou-

¹¹ TJRJ, Enunciado Consolidado nº 35, DO 18/01/2002.

¹² Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, p. 78.

¹³ Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, p. 79.

¹⁴ Juizados Especiais Criminais, p. 129.

¹⁵ Lei dos Juizados Especiais Criminais - Comentários e Anotações, 3ª edição, 2003, Lumen Juris.

trina brasileira. Por exemplo, o promotor paulista Gianpaolo Poggio Smanio afirma:

"a lei não contempla a hipótese da transação penal para a ação penal de iniciativa privada, uma vez que menciona apenas a possibilidade de elaboração de proposta por parte do Ministério Público".¹⁶

Todavia, é imperioso ressaltar que, como é sabido e consabido por todos, a interpretação gramatical não pode prevalecer sobre outras formas de interpretação igualmente relevantes (como a interpretação sistemática e, principalmente, a interpretação conforme a Constituição). Isso porque, se adeptos somos da tese da supremacia da Constituição, devemos ter a consciência de que a validade das leis depende da compatibilidade destas com a Lei Maior.

Da mesma forma, a interpretação literal da Lei 9.099/95 pode suscitar outras frustrações. Por exemplo, o artigo 85 do mencionado diploma legal afirma: "Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei".

Se interpretarmos gramaticalmente o artigo 85, verificaremos que a multa prevista na transação penal, se não paga, poderá ser convertida em prisão. Ou seja, uma pessoa, sem processo penal, permanecerá presa apenas por não cumprir um acordo com a acusação, numa flagrante lesão do princípio *nulla poena sine iudicio*, o que não tem sido admitido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina, ainda que com uma interpretação *contra legem*, mas inteiramente conforme ao sistema penal e processual penal.

2.2.- 2ª Tese: Ausência de Interesse da Vítima na Sanção Penal a Ser Aplicada

Parte da doutrina entende que não pode a vítima oferecer a proposta de transação penal porque ela só teria interesse na reparação do dano causado, jamais pela aplicação da pena.

¹⁶ *Criminologia e Juizado Especial Criminal*, p. 90.

Verbi gratia, o saudoso Júlio Fabbrini Mirabete afirmava em sua obra que:

*"o ofendido não é representante do titular do **jus puniendi**, mas somente do **jus persequendi in judicio**. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal" ¹⁷.*

Continua o autor:

"Ademais, numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória penal" ¹⁸.

Todavia, com a devida vênia, tal entendimento está sendo paulatinamente atenuado pela doutrina e pela jurisprudência. Dizer que a vítima possui interesse apenas na reparação do dano causado, é colocá-la em posição de somenos importância, incompatível com a postura do processualista moderno (máxime porque nos encontramos num momento doutrinário denominado por muitos de "redescobrimiento da vítima").

Essa tese do exclusivo interesse da vítima apenas na reparação do dano já é debatida há anos, em se tratando da legitimidade recursal do Assistente da Acusação. Indaga-se se o Assistente da Acusação pode recorrer, pleiteando alteração da pena. Parte da doutrina, aliada à vetusta tese de que a vítima tem exclusivo interesse na reparação do dano, afirma que

"o assistente da acusação não tem interesse em recorrer visando a aumento de pena, uma vez que a sua finalidade no

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**, p. 129.

¹⁸ Op. Cit., p. 129.

processo penal se limita à obtenção do provimento condenatório para formação do título executivo judicial".¹⁹

Todavia, é imperioso lembrar que: "O Supremo Tribunal Federal já entendeu que o assistente pode apelar visando aumento de pena, pois a sua função é a de auxiliar da justiça (RTJ, 69/367)".²⁰

Da mesma forma, a doutrina afirma que:

"No entanto, a evolução dos estudos sobre a vítima faz com que por parte de muitos se reconheça o interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição penal. De outro lado, não existem razões ponderáveis para deixar à vítima somente duas alternativas: buscar a punição plena ou a ela renunciar" ²¹.

Assim, de acordo com essa visão contemporânea da posição da vítima, entendendo ser ela não apenas uma figura interessada na reparação do dano, mas também uma auxiliar da justiça em muitos casos (como na inclusão do assistente da acusação, **verbi gratia**), cremos ser possível a proposta de transação por ela efetuada.

Ora, se a vítima pode fazer o mais (que é renunciar ou oferecer a queixa), certamente pode fazer o menos (que é propor a transação penal).

2.3.- 3ª Tese: A Transação Penal como Renúncia Tácita ao Direito de Queixa

Poder-se-ia dizer que a transação é uma espécie de renúncia tácita ao oferecimento de queixa-crime por parte do ofendido. Como lembra a doutrina, "A renúncia é tácita quando o querelante pratica ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa (art. 104, parágrafo único, primeira parte, do CP)".²²

¹⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, p. 415.

²⁰ Op. Cit., p. 415.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais**, p. 137.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, p. 143.

Ocorre que a renúncia do querelante, sempre anterior à queixa, deve ser um ato claro e inequívoco. Ou seja, a vítima deve efetivamente demonstrar o seu desejo de não mais processar o criminoso. É como diz a doutrina:

"Deve tratar-se de atos inequívocos, conscientes e livres, que traduzam uma verdadeira reconciliação, ou o positivo propósito de não exercer o direito de queixa. São exemplos de renúncia tácita o reatamento da amizade com o defensor, a visita amigável, a aceitação de convite para uma festa etc." ²³

Ora, na proposta de transação penal, a vítima não tem o desejo de abandonar sua pretensão, mas sim impor uma obrigação como forma de satisfação do seu interesse. Assim, entendemos que não se trata de renúncia tácita.

3. NOSSOS ARGUMENTOS E CONCLUSÕES

Como deixamos transparecer acima, somos adeptos à tese da admissão da transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo quando se tratar de ação penal de iniciativa privada. Isso porque:

a) Como vimos, não podemos nos limitar à leitura do texto legal, sob pena de possuímos uma interpretação extremamente perfunctória e, quiçá, inconstitucional.

b) Da mesma forma, entendemos que a vítima não pode ser vista como detentora apenas do interesse na reparação do dano, possuindo interesse igualmente na punição do criminoso.

c) A proposta de transação penal não configura renúncia tácita ao oferecimento de queixa, por parte da vítima.

E não é só: não admitir a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, apuradas mediante ação penal de iniciativa privada, parece ferir mortalmente o princípio constitucional da igualdade. Ora, se o indivíduo pratica um crime de injúria contra a vítima, por se tratar de ação penal de iniciativa privada, não tem

²³ Op. Cit., p. 143.

direito à transação. Melhor seria se agredisse a vítima, produzindo-lhe lesões corporais de natureza leve. Nesse caso, tratando-se de crime de ação penal pública condicionada, admitir-se-ia a transação penal.

Apercebeu-se de tal incoerência Ronaldo Leite Pedrosa, que, em artigo específico sobre o tema, disse:

"Imagine-se o pensamento de alguém, intencionando em praticar um delito: 'se eu xingar o meu desafeto, não recebo transação penal; mas, se eu o agredir fisicamente, recebo: então, vamos aos tapas...'. Direito também é bom senso!" ²⁴.

Da mesma forma, a não admissão da transação penal na hipótese ora examinada parece igualmente vergastar o princípio da razoabilidade. Ora, não é razoável admitir-se a transação penal em crimes de ação penal pública, não a admitindo nos crimes de ação penal de iniciativa privada.

A utilização do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade nas normas processuais penais é aceita pela doutrina, como lembra Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²⁵.

E do princípio da proporcionalidade decorre um outro ainda mais sensível ao tema em exame: o subprincípio da proibição de excessos.

Esse princípio teve origem no movimento iluminista, especialmente pelos criadores da Escola Clássica do Direito Penal: Beccaria, Filangieri²⁶, Romagnosi, Carmignani e outros. O primeiro escreveu,

²⁴ "Ofendido Pode Propor Transação Penal", in www.justicavirtual.com.br.

²⁵ "...o princípio da proporcionalidade, aplicado ao processo penal, foi mencionado pela primeira vez na Alemanha, em 1875, por ocasião do julgamento de jornalistas que haviam se recusado a servir de testemunhas, e para os quais se postulava a aplicação de penas proporcionais em relação aos crimes objeto daquele processo anterior, no qual os jornalistas haviam se recusado a depor. Mas o marco da aplicação do princípio da proporcionalidade do processo penal alemão foi o processo instaurado contra o famoso político Dr. Hoflle, em 1926, que, preso preventivamente, acabou falecendo na prisão. Isso foi o bastante para que se instalasse naquele País uma grande discussão a respeito da proporcionalidade das medidas constritivas de direitos fundamentais. A partir daí, toda a medida processual que de alguma forma limitasse os direitos fundamentais do cidadão, deveria ser analisada sobre o prisma de sua necessidade e proporcionalidade em relação ao fim perseguido" (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de - **O Processo Penal em face da Constituição**, 2ª edição, 1997, Ed. Forense) .

²⁶ Op. cit., p. 211.

segundo Ferrajoli , que era de deduzir-se que os homens cederam, por necessidade, apenas uma parcela mínima de seus direitos em favor da esfera pública.

Com efeito, se o objetivo do Direito Penal é exercer controle estatal sobre a violência, punindo os infratores e evitando que a justiça seja feita pelas próprias mãos das vítimas, não seria justificável o emprego, justamente, de um desmedido arbítrio para controlar a violência.

Por essa razão que Ferrajoli alude como fim do Direito Penal converter-se em instrumento de tutela dos direitos fundamentais²⁷,

*"impondo às proibições e às penas duas finalidades distintas e concorrentes, que, são, respectivamente, o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes, dentro do objetivo penal da máxima tutela dos direitos de uns e dos outros, da limitação dos arbítrios e da minimização da violência na sociedade"*²⁸.

Evidente se essa é a função do Direito Penal, não poderia ser outra a função do Direito Processual Penal, de natureza instrumental. Assim, as medidas processuais pautam-se também na lógica da estrita necessidade e, conseqüentemente, na proibição de excessos.

Se a imposição de sanção penal precisa ser fundamentada e qualquer causa que afaste a apenação mínima carece de estar provada e igualmente fundamentada, por força do artigo 59 do Código Penal, forçoso concluir que também qualquer medida processual que constrinja além do extremamente necessário, se não for devidamente justificada, deve ser evitada.

Ora, se o ordenamento constitucional assegura o tratamento menos gravoso possível aos indiciados, réus e autores de fato e se a legislação permite, no caso concreto, a transação penal²⁹, seu não

²⁷ *Ibidem*, p. 270.


²⁸ *Ibidem*, p. 271.

²⁹ No mesmo sentido, veja-se CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada e Anotada**, 3ª ed., 2003, Lumen Juris.

oferecimento ofende o subprincípio da proibição de excesso e retira a justa causa para o oferecimento da ação penal, tanto em relação à ação de iniciativa pública, como em relação à ação de iniciativa privada.

Especificamente: se o querelante não oferecer a possibilidade de solução menos gravosa possível, carecerá, sua pretensão, de justa causa, autorizadora da rejeição da queixa-crime³⁰.

Por fim, recorre-se a um último argumento de política legislativa criminal. Quando a Constituição concebeu as infrações de menor potencial ofensivo e impôs a preferência pela transação penal como solução para tais crimes, na verdade, ditou norma de política criminal que se sobrepõe aos institutos tanto da ação pública, como da ação privada. É como se a Constituição, mantendo a titularidade do particular para a ação privada, lhe erigisse mais uma condição para o seu exercício regular, legítimo e proporcional: a tentativa de solução transacional, que deve ser oferecida se presentes os requisitos definidos na lei específica.

Destarte, a admissão da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo apuradas mediante ação penal de iniciativa privada é, no nosso entendimento, a única tese que se coaduna com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 

³⁰ *Ibidem*.